Jacques Biancarelli

JUGES NATIONAUX ET JUGES EUROPÉENS

UDK: 342 (4)
Izvorni znanstveni rad
Primljeno: 15. 11. 2013.

Rimski ugovor dodjeljuje sucima različite i komplementarne sudbene funkcije kako bi jamčio, s jedne strane, jedinstvo europskog prava, a s druge njegovu učinkovitu primjenu koja poštuje nacionalne procedure. S jedne strane, prema Ugovoru, Sud Europske unije treba jamčiti izvjesno jedinstvo europskog prava, a s druge, nacionalni suci čiji legitimitet proizlazi iz njihova nacionalnog pravnog poretka – vrlo često ustavnog – moraju primjenjivati europsko pravo u sporovima u kojima sude. Kao europski suci općeg prava, oni se, prirodnim slijedom stvari, susreću s poteškoćama vezanim za uklapanje europskog pravnog poretka u nacionalni. Također moraju osigurati stalnu ravnotežu između poštivanja vlastitog nacionalnog pravnog poretka i razvoja „integracijskog prava“.

Ključne riječi: *nacionalni suci, europski suci, ravnoteže pravnih poredaka*

L’articulation harmonieuse entre les ordres juridiques et le « dialogue des juges » dont l’Europe peut, aujourd’hui, s’enorgueillir n’a pas toujours prévalu. Il faut dire que le risque que la multiplication et la diversification des droits et des acteurs au niveau européen ne s’accompagne d’une fragmentation, potentiellement contreproductive voire dangereuse, était grand. En effet, le droit européen du XXIème siècle ressemble à un entrelacs complexe de systèmes de droit qui se recoupent mais qui ont tous leurs propres logiques internes. Ces logiques ne sont pas, heureusement, inconciliables. L’histoire le prouve.

Le chemin a été long et sinueux avant que le juge français n’accepte de revêtir pleinement l’habit de juge de droit commun de l’Union européenne. Aujourd’hui, loin du « gouvernement des juges » ou de la « guerre des juges » que certains avaient pu prédire, nous sommes entrés de plain pied dans l’ère du « dialogue des juges ».

Comme le soulignait le Professeur BURGOGUE-LARSEN *« contrairement à une idée reçue, [le dialogue] induit tant l’opposition, la contradiction voire la discorde, que l’accord et la concorde ».*

La récente ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat suspendant la décision du gouvernement de bloquer les immatriculations de certains modèles du constructeur allemand Mercedes montre qu’encore aujourd’hui, la réception du droit de l’Union par les Etats membres, parfois empreinte de méfiance et de réticences entraîne des divergences d’appréciation plus ou moins importantes.

Malgré l’existence d’un règlement européen visant à interdire l’usage de certains gaz dans les climatisations, la société Mercedes-Benz continuait à les employer pour certains modèles. Le 12 juin, les autorités françaises ont fait application de ce règlement et interdit l’immatriculation des modèles en question.

Saisi par la société Mercedes-Benz France d'une demande de suspension en urgence de cette décision, le juge des référés du Conseil d'État a jugé qu'un doute sérieux existait sur la légalité de la mise en œuvre de la clause de sauvegarde invoquée par la France et a ordonné la mise en circulation des véhicules concernés dans l'attente que l'affaire soit jugée sur le fond.

La décision de fond du Conseil d'Etat viendra très vraisemblablement confirmer les propos que je m'apprête à tenir et qui visent à démontrer, à travers trois exemples, que l'incompréhension initiale du juge français face au droit européen a cédé la place à une confiance mutuelle et souvent réaffirmé entre acteurs européens :

- L'articulation générale entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux (I).
- L'outil essentiel pour le « dialogue des juges » que représente la technique du renvoi préjudiciel : de la « politique de la chaise vide » au renvoi assidu à la CJUE (II).
- L'influence du droit européen et du droit comparé sur le Conseil d'Etat statuant au consultatif et au contentieux (III).

I – ARTICULATION GÉNÉRALE ENTRE L'ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN ET LES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX

A- La clarification en matière d'articulation et de hiérarchie des normes

Il y a deux façons d'aborder cette délicate question de la primauté du droit de l'UE : la première, très classique, concerne l'articulation entre les « droits secondaires » de chacun des deux ordres (règlements et directives pour l'UE, lois et décrets pour la France) (1), la seconde, plus délicate, mais aujourd'hui surmontée est relative à l'articulation entre les deux droits essentiels de chacun des deux ordres : les traités pour l'UE et la Constitution, pour la France (2).

1- L'articulation entre « droits secondaires »

En déclarant que « *le droit né du traité ne peut se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même*[1] », la Cour de justice des Communautés est venue consacrer avec solennité la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit national des Etats membres. Il s'agit, selon elle, d'un principe général et absolu en conséquence duquel « *le juge national (…) a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes [communautaires], en laissant au besoin inappliquée(…) toute disposition de la législation nationale,*

[1] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.,* Aff. 6/64

même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel[2] ».

Le Conseil d'Etat a été réticent, dans un premier temps, à se rallier à la primauté du droit de l'Union sur la loi postérieure, préférant, notamment par respect dû au Parlement, en l'absence de tout signe tangible du Conseil constitutionnel, et aux fins d'éviter ce qu'il est convenu d'appeler « un gouvernement des juges », appliquer la règle « *lex posteriorderogat priori*[3] ». Autrement dit, le Conseil d'Etat n'admettait que la supériorité des traités sur les lois antérieures[4].

Le point d'inflexion majeur de l'ensemble des rapports entre le Conseil d'Etat et le droit de l'Union européenne est certainement l'année 1989.

Par sa décision *Nicolo* du 20 octobre 1989[5] rendue par sa formation la plus solennelle, l'Assemblée du contentieux, le Conseil d'Etat est enfin revenu sur une jurisprudence dite « des semoules », remontant à 1968 et a enfin reconnu la supériorité des traités sur les lois même postérieures. Cette primauté a été étendue aux règlements[6], aux directives[7] et aux principes généraux du droit communautaire[8], et le Conseil d'Etat n'a pas hésité à en tirer toutes les conséquences. Avant même *Nicolo*, et dès le 3 février 1989, une décision de Section, tout à fait essentielle, *Compagnie Alitalia*, avait déjà marqué un tournant décisif dans l'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat : le pouvoir réglementaire est tenu d'abroger ou de modifier les textes incompatibles ou devenus incompatibles avec le droit de l'Union. De plus, il a jugé que l'administration ne devait pas prendre les mesures d'application d'une loi incompatible avec les objectifs d'une directive[9], mais qu'elle devait mettre en œuvre les objectifs d'une directive dans le silence de la loi[10]. De même, a-t-il estimé que le Premier ministre pouvait être tenu d'engager une procédure de « déclassement » [d'abrogation] des dispositions législatives pour les mettre en conformité avec le droit communautaire[11]. Pour ce qui est des directives, la Cour a reconnu qu'elles primaient sur le droit national dès leur entrée en vigueur, c'est-à-dire à partir de leur date de publication et non à la date d'expiration du délai de transposition. C'est la raison pour laquelle, en 1997 dans son arrêt *Interenvironnement Wallonie*[12], la Cour avait jugé que les Etats ne pouvaient pas prendre de mesures pendant la période de transposition qui compromettraient le résultat prescrit. Encore une fois, le Conseil d'Etat a

---

[2] CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77

[3] Une loi postérieure déroge à une précédente

[4] CE, Ass., 7 juillet 1978, *Croissant*

[5] CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*

[6] CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*

[7] CE, Ass., 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France*

[8] CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*

[9] CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine anthroposophique*

[10] CE, 6 février 1998, *Tête*

[11] CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire*

[12] CJCE, 18 décembre 1997, *Interenvironnement Wallonie,* Aff. 129/96

veillé à concilier sa jurisprudence avec celle de la CJUE, en jugeant que, jusqu'à l'expiration du délai de transposition d'une directive, un Etat membre ne pouvait légalement adopter de dispositions législatives ou réglementaires manifestement contraires aux objectifs d'une directive et qui seraient de nature à en compromettre la bonne application[13]

2- L'articulation entre les droits essentiels des deux ordres juridiques : les traités européens et la Constitution française

La construction jurisprudentielle est ici un peu plus complexe. Aussi bien le Conseil constitutionnel[14] que le Conseil d'Etat[15] que la Cour de cassation[16] jugent que, dans l'ordre interne, la Constitution demeure la norme suprême. Il en est de même des cours constitutionnelles allemande (*Solange II*) et italienne (*Frantz Grad*), ainsi que la Chambre des lords (*16 décembre 2004*).

En apparence, une telle affirmation peut sembler totalement inconciliable avec les considérants de principe des arrêts de la Cour *Costa c/ ENEL* et *Simmenthal*.

Toutefois, ce n'est là qu'apparence et tel est précisément l'objet du « dialogue des juges ».

En réalité, comme le décrit fort bien Jean-Marc SAUVE[17] : « *si l'on reprend dans ce cadre la métaphore kelsénienne de la pyramide des normes, le système juridique, vu d'un point de vue national, peut être décri non comme une hiérarchie, mais comme la superposition partielle de deux triangles dont les bases se recoupent mais qui conservent deux sommets distincts : la Constitution, d'un côté, les traités européens et le droit dérivé, de l'autre* ».

Tout l'art du juge national, mais également de la CJUE, a été de faire en sorte que les effets de ces discordances soient atténués, voire gommés, par des efforts permanents de conciliation opérés à travers des jurisprudences convergentes.

C'est précisément ce qu'a fait le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2004 (loi pour la confiance dans l'économie numérique) en érigeant la transposition fidèle des directives de l'Union en « objectif de valeur constitutionnelle ». C'est également ce qu'a entendu faire le Conseil d'Etat à travers quatre décisions d'Assemblée ou de Section tout aussi essentielles.

En premier lieu, dans une décision véritablement fondatrice *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*[18], le Conseil d'Etat a précisé l'articulation entre contrôle de conventionalité et contrôle de constitutionalité des décrets transposant, de manière précise et inconditionnelle, des dispositions communautaires : il appartient au juge

[13] CE, 29 octobre 2004, *M. Sueur*

[14] DC 2004-499 *Economie numérique* 29 juillet 2004

[15] CE, 30 octobre 1998 *Sarran et Levacher*

[16] CCass 2 juin 2000, *Fraisse*

[17] Gazette européenne du Palais, numéro collectif sur *« le Conseil d'Etat et l'application du droit communautaire »* février 2009

[18] CE, 8 février 2007

administratif, lorsqu'il est saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance, par le décret de transposition, d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué. S'il existe un principe communautaire équivalent, le juge administratif recherche si la directive transposée par le décret est conforme à ce principe communautaire. Dans ce cas, en l'absence de difficultés sérieuses, il peut écarter le moyen. Dans le cas contraire, il saisit la CJCE d'une question préjudicielle en vertu de l'article 234 du Traité CE. En revanche, s'il n'existe pas de principe équivalent au niveau communautaire, le juge administratif examine directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées.

En deuxième lieu, la jurisprudence de Section du 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux de France*. Dans cette décision, le Conseil d'Etat devait concilier les obligations imposées par la deuxième directive contre le blanchiment et le secret professionnel des avocats, lequel n'est pas seulement protégé par la loi nationale mais également par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme (ci-après CEDH). Il avait surtout à répondre à un moyen tiré de ce que le décret dont l'annulation était demandée, qui transposait fidèlement la directive communautaire suffisamment précise et inconditionnelle, était dépourvu de base légale en tant que cette directive était elle-même contraire aux stipulations de la CEDH. La question était inédite et semblait se heurter à l'obstacle insurmontable de la jurisprudence *Foto-Frost* du 22 octobre 1987 qui réserve à la seule Cour de justice compétence pour statuer sur la validité d'un acte communautaire. Le Conseil est parvenu à contourner l'obstacle en faisant tout à la fois une application positive de *Foto-Frost* et un recours à la théorie dite de l'acte clair, selon des modalités là encore marquées par la volonté de recourir au dialogue des juges. C'est ainsi qu'il a considéré qu'il lui revient, en présence d'un tel moyen et en l'absence de difficulté sérieuse, de l'écarter ; dans le cas contraire, bien évidemment de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle de validité. Sur l'interprétation même de la directive « anti-blanchiment », il a fondé son raisonnement sur un arrêt de la Cour de justice du 26 juin 2007, statuant elle-même sur renvoi préjudiciel de la Cour d'arbitrage de Belgique.

Il n'est pas inutile de relever qu'à l'issue de l'ensemble de ce raisonnement, la Section du contentieux a procédé à l'annulation partielle d'un décret en Conseil d'Etat, c'est-à-dire d'un décret qui avait été examiné par sa propre Section des finances, démontrant ainsi, si besoin en était, la totale indépendance du juge administratif et l'existence d'une véritable « muraille de Chine » au Conseil d'Etat entre la Section du contentieux et les sections administratives.

En troisième lieu, dans sa décision d'Assemblée *Gardedieu* du 8 février 2007, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à construire un régime de responsabilité plus ouvert et plus accessible aux justiciables que celui exigé par la Cour de justice, car il n'est subordonné ni à l'existence d'une violation « suffisamment caractérisée »

du droit de l'Union, ni à ce que la norme méconnue ait eu pour effet de conférer des droits aux particuliers.

La décision du CE *Gestas* du 18 juin 2008 respecte parfaitement l'arrêt *Köbler* de la CJCE du 30 septembre 2003.

En quatrième et dernier lieu, la décision *Perreux* du 30 octobre 2009, que nous allons examiner en traitant de l'effet direct des directives de l'UE, met un terme à la jurisprudence *Cohn-Bendit* tant décriée

Après ces différentes décisions, il n'existe plus aucune pomme de discorde sérieuse entre la CJUE et le Conseil d'Etat et cette convergence de jurisprudences a imprimé à l'édifice kelsénien, selon l'expression de Jean-Marc SAUVE *« un mouvement de torsion qui fait en quelque sorte se rejoindre les deux sommets des triangles ».*

Tout ceci est fragile, mais la primauté ne s'examine plus de façon conflictuelle, mais par la voie du « dialogue des juges ». La résolution des conflits potentiels entre les normes constitutionnelles, nationales et celles de l'Union européenne est ainsi assurée dans des conditions satisfaisantes.

B- La fin de « la guerre des juges » pour ce qui est de l'effet direct de certaines normes de l'Union, plus particulièrement les directives

L'effet direct s'entend, dans le cadre de l'Union européenne, comme l'aptitude d'une norme à créer par elle-même des droits ou des obligations au bénéfice ou à la charge de personnes privées, lesquelles jouissent de la faculté d'invoquer de telles dispositions, afin d'en obtenir, à l'occasion d'un litige, l'application directe et effective. Il représente la capacité d'une norme à être une source de légalité en vigueur dans l'ordre juridique national. Ce principe général de droit communautaire a été consacré en 1963 par la Cour dans son arrêt *Van Gend en Loos*[19]. Sous couvert de certaines spécificités, une disposition du droit de l'Union doit, pour pouvoir être directement invoquée devant un juge interne, être non seulement inconditionnelle, mais aussi suffisamment claire, précise et complète[20]. Notons cependant qu'une directive n'acquiert son effet direct qu'à l'expiration du délai de transposition et que les dispositions claires, précises et inconditionnelles d'une telle norme peuvent être invoquées en cas de non-transposition ou de transposition incorrecte[21].

Alors qu'il s'était montré plutôt récalcitrant en 1978, le juge administratif a progressivement appliqué fidèlement la jurisprudence de l'Union. Dans sa décision *Cohn-Bendit* du 22 décembre 1978, le Conseil d'Etat a, en effet, refusé que soit directement invoquée une directive pour contester la légalité d'une décision individuelle lorsqu'il existait un texte national intermédiaire. Mais cette jurisprudence déjà fortement entamée et atténuée par l'ensemble des décisions

[19] CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos,* Aff. 26/62

[20] CJCE, 5 avril 1979, *Ratti,* Aff. 148/78

[21] CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn,* Aff. 41/74

susmentionnées, surtout *Alitalia*, a été définitivement abandonnée par la décision d'Assemblée *Madame Perreux* du 30 octobre 2009 qui reconnaît à tout justiciable le droit de se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires. Il s'agit plus d'une avancée symbolique que d'une véritable novation jurisprudentielle. Tout simplement, Bruno GENEVOIS avait raison, vingt ans avant tout le monde.

[Cela dit, la jurisprudence *Cohn-Bendit* avait quelque peu été atténuée dans sa portée depuis plusieurs années. Dans sa décision *Tête* de 1998, le Conseil d'Etat avait admis, en l'absence de transposition d'une directive en droit interne, que celle-ci puisse être directement invoquée pour contester une décision individuelle. De même, il avait affirmé, en 1984, que « *les autorités nationales (…) ne peuvent légalement édicter de dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives dont il s'agit*[22] » et avait annulé un arrêté méconnaissant les objectifs d'une directive, appliquant ainsi, pour la première fois, la théorie de l'invocabilité d'exclusion. D'une façon plus générale, il a jugé que l'administration ne pouvait édicter de mesures contraires à une disposition communautaire[23]. En outre, il avait également estimé que le gouvernement ne pouvait pas édicter de mesures réglementaires en application d'une loi qui était contraire au droit communautaire[24]. Ensuite, le Conseil d'Etat avait eu l'occasion d'appliquer le principe de l'interprétation conforme dans sa décision *Cercle militaire mixte caserne Mortier* du 22 décembre 1989. Enfin, et pour tirer toutes les conséquences de sa jurisprudence, le juge administratif avait admis l'engagement de la responsabilité de l'Etat[25] en cas de méconnaissance, non seulement par le législateur[26], mais aussi par le juge[27], du droit de l'Union. De cette manière, il se mettait en conformité avec la jurisprudence *Francovich et Bonifaci*[28] de 1991 imposant le principe de la responsabilité des Etats membres pour les violations du droit de l'Union européenne.]

Finalement, la « guerre des juges[29] », évoquée par Bruno GENEVOIS et reprise par Mattias GUYOMAR, n'a pas eu lieu et la jurisprudence *Cohn-Bendit* ne constitue plus qu'un lointain souvenir.

---

[22] CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature et autres,* n° 51525 et 51526

[23] CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux,* n° 28467

[24] CE, 24 février 1999, *Association des patients de la médecine d'orientation anthropologique*

[25] CE, 28 février 1992, *Arizona Tabacco*

[26] CE, 8 février 2007, *Gardedieu*

[27] CE, 18 juin 2008, *Gestas*

[28] CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci,* Aff. 6/90 et 9/90

[29] Expression utilisée par M. Mattias GUYOMAR, Ccl. Sous CE, Ass., 8 février 2007, *Arcelor Atlantique et Lorraine,* n° 287110

II – DU BON USAGE DE PROCÉDURE DE RENVOI PRÉJUDICIEL

Le maintien et l'efficacité de l'ordre juridique autonome de l'Union Européenne nécessitent d'assurer l'application effective et uniforme du droit de l'Union sur l'ensemble de son territoire. Ainsi, afin de garantir ces objectifs fondamentaux dans un système décentralisé, les traités ont attribué à la Cour de Justice une compétence exclusive d'interprétation et d'appréciation en validité du droit de l'Union et instauré le mécanisme du renvoi préjudiciel[30] (art. 267 TFUE, ex. 234 TCE, ex. 177 TCEE).

A – La volonté du juge français d'affirmer son indépendance : la réticence face à la procédure de renvoi préjudiciel

Au commencement de la construction européenne, les juridictions administratives éprouvaient une réticence certaine quant à l'existence d'un monopole d'interprétation de la Cour de justice réduisant leurs compétences, ainsi qu'en témoigne la décision du 19 juin 1964 *Société des pétroles Shell-Berre*. Cette réticence ira même jusqu'à « la politique de la chaise vide ». En effet, surpris par l'audace de la jurisprudence de la Cour relative à l'effet direct des directives non transposées ou transposées (*SACE* 17 décembre 1970, *Van duyn* 4 décembre 1974) le Conseil d'Etat ne procédera à aucun renvoi préjudiciel pendant près de neuf années, jusqu'en 1970.

Le juge administratif a cru pouvoir affirmer son indépendance en adoptant une attitude de défiance, qui s'est traduite par des pratiques administratives tendant à éviter de soumettre à la Cour, des questions d'interprétation et de validité du droit de l'Union. C'est dans ce contexte que s'est développée très classiquement la « théorie de l'acte clair », qui permet au Conseil de s'affranchir du renvoi d'une question préjudicielle, lorsqu'il n'existe aucun élément « *de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* » (Laferrière). Dans sa décision initiant cette jurisprudence du 19 juin 1964, *Shell-Berre*, le Conseil d'Etat a jugé que les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours internes, sont « *tenues de surseoir à statuer sur une affaire pendante devant elle et de saisir la Cour de justice […] que si une question relative à l'interprétation du traité est soulevée dans cette affaire ; qu'il ne saurait en être ainsi, que dans les cas où il existe un doute sur le sens ou la portée d'une ou plusieurs clauses du traité applicables au litige et si, de la solution de cette difficulté, dépend l'issue du litige* ». En l'espèce, le juge administratif a considéré que la norme litigieuse était suffisamment claire et ne nécessitait aucun renvoi.

Le recours à cette théorie a pu conduire à des abus de la part des juridictions administratives. Par exemple, dans sa décision d'Assemblée d'octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*[31], le Conseil d'Etat

[30] Article 267 TFUE

[31] CE Ass, 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*

a affirmé, à cinq reprises, que les dispositions européennes en question étaient claires et ne nécessitaient pas un renvoi à la Cour.

De manière similaire, les juridictions administratives ont développé un second mécanisme: la règle du précédent. En vertu de cette technique, le renvoi peut être économisé si le texte examiné a déjà fait l'objet d'une interprétation de la Cour de justice. La première application de cette règle par le Conseil est intervenue en 1967 par une décision de Section, *Etablissements Petitjean*[32].

Afin de mettre un terme à de telles dérives, mais aussi parce que son prétoire était encombré de questions préjudicielles toujours plus nombreuses, la Cour de justice est venue encadrer la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales. Dans son arrêt *CILFIT* du 6 octobre 1982[33], elle admet la théorie de l'acte clair mais communautarise et définit cette notion : il ne peut y être recouru que si « *l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable* ». De plus, elle encadre son utilisation en détaillant son « mode d'emploi »[34]. De même, l'arrêt *Foto-Frost*[35] de la Cour de justice, limite également l'utilisation de cette théorie, puisqu'il interdit aux juridictions nationales inférieures de disposer de leur faculté de renvoi en cas de doute sur la validité d'un acte de l'Union.

B- L'abandon du recours systématique à la théorie de l'acte clair

Dans ce contexte de dialogue, le Conseil d'Etat semble également atténuer sa position. En effet, il intègre désormais largement la jurisprudence de la CJUE dans la mise en œuvre de la théorie de l'acte clair. Tel est le cas des décisions *Arcelor*[36] et *Gardedieu* du 8 février 2007.

Cette évolution essentielle s'est traduite par une augmentation substantielle des renvois préjudiciels opérés par le Conseil d'Etat.

Le premier renvoi préjudiciel opéré par ce dernier a été prononcé par une décision *Synacomex* du 10 juillet 1970, mais l'on ne compte que sept renvois de 1970 à 1989. La pratique devient plus constante et régulière et, de 1990 à 1999, le Conseil saisit onze fois la Cour de justice. De 2000 à fin 2012, soixante deux questions préjudicielles auront été posées. En clair, au cours de la dernière décennie environ, ce sont les trois quarts des questions préjudicielles posées par le Conseil depuis la création de la Communauté européenne qui auront été adressées à la Cour.

---

[32] CE, Section, *Société des Etablissements Petitjean et autres*, 10 février 1967

[33] CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, n°283/81 : la Cour n'intervient que de manière subsidiaire, puisque son rôle est de suppléer les juges des Etats membres lorsque ceux-ci ont des problèmes quant à l'interprétation ou la validité du droit européen

[34] Ibid, considérants 16 à 20

[35] CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, C-314/85

[36] CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Req. n° 287110

Les saisines opérées par le juge administratif sont motivées par diverses raisons et, par suite, difficiles à systématiser. Toujours est-il que, l'importance des sujets renvoyés à la Cour de justice est révélatrice du climat de confiance entre les deux juridictions. Ainsi, ont fait l'objet de renvois, des questions comme la commercialisation et la dissémination des produits génétiquement modifiés[37], la rémunération des comptes bancaire[38], la prise en compte des équivalences dans le calcul du temps de travail ou les modalités de décompte des effectifs des entreprises[39] ou encore la réglementation des jeux de hasard[40].

Infléchissant sa jurisprudence, le Conseil d'Etat a jugé que les interprétations du droit communautaire données par la Cour de justice s'imposaient au juge national même si elles allaient au-delà de la question posée par celui-ci[41]. Cette décision, qui donne pleinement autorité aux réponses données par la Cour aux questions préjudicielles s'inscrit dans le cadre d'une écoute attentive des jurisprudences.

Le Président de la Cour de Justice soulignait d'ailleurs récemment « *la pertinence, la nature et l'importance des questions soulevées par la Conseil d'Etat pour le développement de la jurisprudence de la Cour de justice* »[42] .

Deux arrêts récents témoignent de l'incidence du renvoi préjudiciel dans le développement du droit de l'Union et de la confiance qui s'installe désormais entre la Cour et le Conseil d'Etat.

Tout d'abord en matière d'aides d'Etat, dans l'arrêt CELF[43], la Cour a pu préciser les obligations du juge dans l'hypothèse nouvelle d'une aide d'Etat illégale, déclarée compatible par une décision finale de la Commission. (La Cour affirme que le juge national n'est pas « *tenu d'ordonner la récupération d'une aide mise à exécution en méconnaissance de cette disposition, lorsque la Commission a adopté une décision finale constatant la compatibilité de ladite aide ... il est tenu d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité »).*

Dans la décision Arcelor, abordée précédemment, le Conseil d'Etat a été saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret transposant en droit français la directive 2003/86 établissant un système d'échange de quota à effet de serre. Il était fait grief à ce décret de violer le principe constitutionnel d'égalité, en excluant du système les secteurs du plastique et de l'aluminium, qui se trouvaient, selon le requérant, dans une situation comparable avec le secteur de la sidérurgie. Dans cette décision le Conseil d'Etat, affirme, « *qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou*

[37] CE, 11 décembre 1998, *Association Greenpeace France* ; CE, 21 novembre 2007, *Commune de Sausheim*

[38] CE, 6 novembre 2002, *Société Caixa Banque*

[39] CE, 3 décembre 2003, *Dellas*,; CE, 19 octobre 2005, *CGT*

[40] CE, 9 mai 2008, *Société Zeturf Limited*

[41] CE, 11 décembre 2006, *Société de Groot*

[42] Bilan d'activité pour 2011 : Le Conseil d'Etat et la juridiction administrative en 2011

[43] CJCE, 12 février 2008, *Centre d'exportation du livre Françai*s, (aff. 199/06)

d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ». Il précise ensuite qu'en cas de réponse affirmative et de doute sérieux sur la validité de la norme communautaire, le juge devra saisir la Cour de justice en application de l'article 267 TFUE.

Cet arrêt, bien éloigné du considérant de principe de 1964, témoigne ainsi de la confiance du Conseil d'Etat en la capacité de la CJUE à garantir une protection effective des droits fondamentaux.

Jean-Marc SAUVE, Vice-président du Conseil d'Etat français résume bien l'évolution des rapports entre juges nationaux et juges européens lorsqu'il affirme que *«… le Conseil d'Etat, d'abord « élève indocile », voire « rebelle », qui affichait sa « défiance » face à la jurisprudence de la CJCE et à l'européanisation du droit public, a su peu à peu se transformer en un acteur coopératif, pour enfin devenir l'instance proactive et constructive qu'il est aujourd'hui ».*

En outre, il convient de préciser que l'enjeu, lié à la mise en œuvre de ce moyen par les juridictions nationales, s'est vu renforcé par le risque contentieux de l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité juridictionnelle de ses juridictions statuant en dernier ressort, introduit par l'important arrêt *K*öbler de la Cour de justice.[44]

La pratique du renvoi préjudiciel par les juridictions administratives françaises, à l'origine de grands arrêts de principe du droit de l'Union[45], semble à l'heure actuelle être libérée des réticences initiales et s'intégrer pleinement dans l'office du juge.

C – Une interraction croissante entre les juridictions européennes

Le sujet est d'ailleurs très actuel en France puisque par une décision *Jeremy F.*[46] du 4 avril 2013, rendue dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité mise en place en 2008, le Conseil constitutionnel a posé sa première question préjudicielle à la Cour de justice. La question préjudicielle a été traitée par la Cour via la procédure d'urgence ce qui lui a permis de donner une réponse très rapide au Conseil constitutionnel (une cinquantaine de jours) afin que celui-ci soit à même de rendre sa décision dans le délai de trois mois qui lui est imparti.

Si le Conseil constitutionnel français n'avait pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de recourir à la procédure de renvoi préjudiciel devant la Cour de justice, la Cour constitutionnelle allemande a quant à elle reconnu depuis longtemps à la CJCE un *« monopole juridictionnel »* en matière d'interprétation. En ce qui concerne

[44] CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff.C-224/01

[45] CJCE, *Van Gend en Loos*, *Costa c/ ENEL*, *Da Costa*

[46] DC n° 2013-314 QPC, *Jeremy F,* 4 avril 2013

la Cour constitutionnelle italienne, sa première question préjudicielle remonte à 2009. Elle était relative à une taxe sur les navires et aéronefs effectuant des transports à titre gratuit et de plaisance exigée dans certains ports et aéroports de Sardaigne, potentiellement contraire à l'article 56 TFUE (ex article 49 CE).

Bien que tardive, cette décision du Conseil constitutionnel français marque une étape décisive du dialogue des juges et renforce la « mise en réseau » des juridictions européennes.

Autre étape importante dans cette interaction croissante, l'adoption prochaine par les différents Etats membres du Conseil de l'Europe (que la Croatie a rejoint en 1996), du Protocole n °16 qui prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des Etats parties, d'adresser des demandes d'avis consultatifs à la Cour EDH sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

Ce protocole, envisagé depuis une dizaine d'années : aussi bien lors du Sommet de Varsovie de 2005 du Conseil de l'Europe que, plus récemment, lors des Conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour tenues à Ismir en 2011 et Brighton en 2012 a pour but de renforcer d'une part l'interaction entre la CEDH et les autorités nationales et, d'autre part, la mise en œuvre de la Convention conformément au principe de subsidiarité.

Les avis de la Cour ne seront pas contraignants. Néanmoins, l'autorité qu'elle a su acquérir laisse à penser que ses interprétations seront suivies dans la grande majorité des cas par les Etats. L'adoption de ce protocole, qui sera ouvert à la signature des Etats parties à la Convention dans quelques jours (le 2 octobre prochain), en permettant aux juridictions nationales de faire usage d'une nouvelle voie de dialogue avec le juge européen des droits de l'homme, favorisera l'harmonisation jurisprudentielle au sein de l'Europe et, par suite, la protection des droits et libertés fondamentales garanties par la Convention.

III – INFLUENCE DU DROIT EUROPÉEN ET DU DROIT COMPARÉ SUR LE CE STATUANT AU CONSULTATIF ET AU CONTENTIEUX

L'influence du droit européen et du droit comparé sur le Conseil d'Etat doit être appréciée sous deux angles : celui de sa fonction de conseiller du gouvernement d'une part et celui de sa fonction de juge de l'ordre administratif.

A- Influence du droit européen au consultatif

S'agissant de la mission de conseiller du gouvernement du Conseil d'Etat, les différentes sections consultatives s'assurent que la législation nationale applique correctement le droit européen. Ce contrôle porte tant sur le respect des procédures que le droit européen impose avant l'édiction de certaines normes, que sur celui de la conformité des dispositions envisagées au regard du droit européen.

Aux fins d'assurer un contrôle effectif, une cellule de droit communautaire, rattachée à la Section du rapport et des études a été créée en 1998 au sein du Conseil d'Etat. Par ailleurs, une cellule de veille européenne, rattachée à la section des finances a également vu le jour en 2009 avec comme mission, en application de l'article 88-4 de la Constitution, de suivre les négociations menées au sein des institutions de l'Union européenne relatives aux propositions de directives et de règlements ainsi que d'attirer l'attention du Gouvernement sur les plus importantes, notamment celles qui sont susceptibles de soulever des difficultés d'ordre constitutionnel.

Le 1er janvier 2012, les deux entités ont fusionné. La nouvelle délégation au droit européen est composée de deux conseillers d'Etat, le délégué et le délégué adjoint, assistés de plusieurs jeunes collaborateurs. Elle est saisie de questions relatives au droit de l'Union européenne ainsi qu'au droit issu du Conseil de l'Europe et a notamment pour vocation d'apporter une expertise juridique à toutes les sections consultatives du Conseil ainsi qu'à sa section du contentieux. Son activité soutenue traduit l'incidence croissante du droit européen sur le droit national et l'existence de la DDE témoigne de la prise en compte, toujours plus importante par le Conseil d'Etat du droit européen dans sa mission consultative.

Au titre de cette mission, le Conseil d'Etat veille au respect par l'administration française des procédures européennes d'information ou de consultation de la Commission européenne. Ainsi, en matière d'aides d'Etat, le Conseil d'Etat vérifie que l'obligation de notification de ces dernières à la Commission européenne est respectée. Il peut ainsi être amené à disjoindre certaines dispositions constituant des aides d'Etat interdites par le droit européen. En outre, il peut déduire de l'analyse des dispositions envisagées que l'aide doit être notifiée à la Commission européenne. Enfin, il peut estimer que l'opération envisagée doit être placée sous le régime *« de minimis »* prévu par le règlement 1998/2006 du 15 décembre 2006.

Par ailleurs, les sections consultatives du Conseil d'Etat s'assurent que les normes françaises prennent en compte et respectent le droit européen. Cela est valable aussi bien pour les lois transposant des directives européennes que pour les autres textes de nature législative ou réglementaire sur lesquels le Conseil d'Etat est amené à se prononcer. Le Conseil d'Etat sera particulièrement vigilant dans son examen des projets de loi de finances. Il contrôlera notamment le respect de la « règle d'or » d'équilibre des finances publiques mise en place par le récent Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG).

En outre, la justice administrative a connu des évolutions considérables sous l'impulsion de la jurisprudence européenne.

B- Influence du droit européen au contentieux

1. Influence de la jurisprudence de la CEDH sur la procédure administrative

La procédure administrative française a connu ces dernières années un renouveau important qui nous donne un bon exemple du caractère constructif que peut revêtir un dialogue des juges serein au niveau européen.

En juin 2002, Par l'arrêt *Kress c/ France*[47], la CEDH juge que la présence du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Pour se conformer à cette jurisprudence, un décret est publié le 19 décembre 2005 (décret n° 2005-1586) qui dispose que « le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part. »

Toutefois, par le très attendu arrêt *Martinie c/ France*[48] du 12 avril 2006 la CEDH confirme sa position. Aux termes de cet arrêt, la Cour juge que la présence du commissaire du Gouvernement au délibéré de la formation de jugement, qu'elle soit « active » ou « passive », constitue une violation de l'article 6§1 de la Convention.

Suite à cette deuxième condamnation, un décret de 2006[49] est venu modifier la procédure devant les juridictions administrative afin de la mettre en conformité avec les exigences de la Convention européenne de droits de l'Homme telle qu'interprétée par la Cour EDH. Ce décret prévoit la possibilité pour les parties de demander que le commissaire du gouvernement n'assiste pas au délibéré.

Un deuxième décret du 7 janvier 2009[50] prévoit de rebaptiser le commissaire du gouvernement en « rapporteur public » et ouvre la possibilité aux parties ou à leurs mandataires *« de présenter de brèves observations orales après l'intervention du rapporteur public »*.

L'affaire *UFC Que Choisir de Côte d'Or*[51] a, il est vrai, fait trembler les juridictions administratives françaises. Certains voyaient les jours du rapporteur public comptés, ce qui aurait produit un bouleversement sans précédent de notre ordre administratif.

Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a, par une décision d'irrecevabilité, confirmé la conventionalité du nouveau dispositif mis en place par le décret de janvier 2009[52]. En outre, le très récent arrêt *Marc-Antoine*[53] a clos la période d'incertitude relative à l'organisation et aux procédures en vigueur dans l'ordre administratif français. Les motifs de cette décision, rendue à l'unanimité, sont d'autant plus remarquables qu'ils expriment, pour reprendre les termes employés par le Vice-président du Conseil d'Etat, *« une profonde compréhension du rôle du rapporteur public »*[54] par la Cour. Cette décision marque une nouvelle étape décisive dans la compréhension mutuelle des juridictions européennes,

[47] CEDH, 7 juin 2002, *Kress c/ France*

[48] CEDH, 12 avril 2006, *Martinie c/ France (*n°58675/00)

[49] Décret n ° 2006-964 du 1er août 2006

[50] Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009

[51] CEDH, 30 juin 2009,*U.F.C. Que Choisir de Cote d'Or c. France*

[52] CEDH, 15 septembre 2009, *Etienne c/ France*

[53] CEDH, 4 juin 2013, *Marc-Antoine*

[54] Lettre de J-M SAUVE du 12 juin 2013

et montre qu'une politique d'ouverture et de coopération de la part de tous les acteurs européens est souhaitable et viable.

Enfin, on peut citer l'importante évolution dans le domaine de référés résultant de l'arrêt *Gebremedhin*[55] de 2007. Dans cette décision, la Cour EDH avait condamné la France pour violation de l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 3. La Cour considère en effet dans cet arrêt que faute d'être dotés d'effet suspensif de plein droit, les recours ouverts aux personnes placées en « zone d'attente » dans le cadre de la procédure d'asile à la frontière ne sont pas « effectifs ». Cet arrêt a donné lieu à une importante évolution du droit français des référés. Ainsi, la loi du 20 novembre 2007[56] a créé un recours suspensif contre la décision de refus d'entrée au titre de l'asile, porté devant le tribunal administratif.

2. L'exigence de juger au fond dans un délai raisonnable

L'art 6 § 1 de la CEDH pose le principe d'un jugement équitable, public, indépendant et impartial dans un délai raisonnable et son article 13 consacre le droit à un recours effectif. La France a été condamnée à de nombreuses reprises par la Cour EDH (notamment dans l'arrêt *Kress*) pour n'avoir pas jugé dans un délai jugé raisonnable au regard de la Convention[57].

Dans un arrêt *Magiera*[58] d'Assemblée du Conseil d'Etat de 2002, ce dernier a abandonné le critère de la faute lourde lorsque la demande de réparation est fondée sur le dépassement du délai raisonnable de jugement. Ainsi, le Conseil a-t-il estimé qu'*« Il résulte […] des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, que les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable… que si la méconnaissance de cette obligation est sans incidence sur la validité de la décision juridictionnelle prise à l'issue de la procédure, les justiciables doivent néanmoins pouvoir en faire assurer le respect. »*

Plus récemment, la Cour de Strasbourg (CEDH) a été plus loin en jugeant que l'article 6 § 1 induit l'obligation non seulement d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable mais également, une fois le jugement prononcé, d'en obtenir l'exécution dans un délai raisonnable[59].

Signe de la prise en compte par les juridictions administratives françaises des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, les délais de jugement ont considérablement diminués ces dernières années, notamment devant le Conseil d'Etat. A titre d'exemple, pour l'année 2012, le nombre d'affaires jugées (9 131)

---

[55] CEDH, 26 avril 2007,*Gebremedhin c/ France*

[56] LOI n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile

[57] CEDH 24 oct. 1989*, H… c. France ;* CEDH 26 août 1994, *Karakaya* c. *France ;* CEDH 21 févr. 1997, *Guillemin* c. *France ;* CEDH 26 mars 2002, *Lutz* c. *France. ;* CEDH 20 juillet 2004, *Carries c. France* ; CEDH 7 février 2006, *Donnadieu c. France*.

[58] CE, Ass, 28 juin 2002, *Magiera*

[59] CEDH, 26 septembre 2006, *Société de gestion du port de Campoloro*

est plus élevé que le nombre d'affaires enregistrées (9 035). Cette « productivité » du Conseil conduit inexorablement à une baisse du nombre d'affaires en stock.

En outre, le délai prévisible moyen de jugement par le Conseil d'Etat, qui était d'environ 11 mois il y a une décennie, a considérablement baissé pour atteindre 8 mois et 26 jours en 2012.

Cette évolution se mesure également devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel où, malgré le nombre croissant d'affaires à juger, la diminution des délais moyens de jugement est manifeste.

Ces évolutions qui peuvent être qualifiées de véritables **Révolutions** n'ont été possibles que grâce à l'écoute attentive et la compréhension mutuelle des juridictions européennes.

C – Influence du droit comparé

Comme le soulignait récemment Bernard STIRN, président de la section du contentieux du Conseil d'Etat : outre le droit de l'Union et celui de la Convention EDH, *« …le droit européen se compose aussi des différents droits nationaux, qui entretiennent avec le droit de l'Union et le droit conventionnel un mouvement constant d'interaction, de fécondation réciproque, de fertilisation croisée. Aussi la connaissance des différents droits nationaux s'impose-t-elle pour comprendre les échanges à partir desquels le droit européen se constitue progressivement »*.

Dans la droite ligne de cette pensée, le Conseil d'Etat accorde une place toujours plus importante au droit comparé dans ses différentes missions.

Sous l'influence de normes supranationales, les ordres juridiques d'Etats tiers sont pris en compte de manière croissance dans le contentieux administratif d'une part et dans la mission consultative du Conseil d'Etat d'autre part.

S'agissant du contentieux administratif, il n'est pas rare que le Conseil d'Etat utilise des principes et raisonnements issus d'autres ordres juridiques nationaux pour élaborer sa jurisprudence.

Un exemple éloquent nous est donné par l'ordonnance de référé *Techna*[60] de 2003. Dans cette ordonnance, le Conseil d'Etat, saisi d'une demande de suspension d'un décret transposant une directive européenne relative à l'étiquetage de produits alimentaires, le Conseil d'Etat s'est, pour la première fois de son histoire, explicitement référé, pour ordonner la suspension, à la décision rendue, à l'issue d'un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 267 TFUE (ex-art 243 TCE) sur la même question, par la High Court of Justice du Royaume Uni.

Plus récemment dans son arrêt *Conseil National des Barreaux*[61], le Conseil d'Etat se réfère à l'interprétation donnée par la CJUE de la directive du 4 décembre 2001 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux. Cette interprétation résultait d'une question préjudicielle

---

[60] Ordonnance n° 260768 du Conseil d'Etat, 29 octobre 2003

[61] CE sect., *Conseil National des Barreaux*, 10 avril 2008, req. n° 296845 et 296907

posée par la Cour d'arbitrage de Belgique (désormais Cour constitutionnelle) à la Cour de justice.

Quant aux fonctions consultatives du Conseil d'Etat, une prise en compte croissante des ordres juridiques des Etats tiers se développe. Il n'est pas rare qu'à l'occasion de la transposition d'une directive européenne, le Conseil d'Etat s'intéresse de près à la façon dont cette dernière été transposée par les autres Etats membres de l'Union. Souvent, ce travail sera confié à la Délégation au droit européen du Conseil d'Etat et son résultat permettra d'enrichir les travaux du rapporteur.

Le droit comparé est également éminemment pris en compte dans la réalisation des études du Conseil d'Etat. Pour ne citer que deux exemples, l'étude sur le parquet européen (2011) ainsi que l'étude sur le « droit souple » réalisée cette année par la Section du rapport et des études et qui sera publiée dans quelques jours ne s'est pas limitée au droit franco-français car, outre le droit européen, elle a pris en compte les législations pertinentes dans un certain nombre d'Etats membres ou pays tiers, représentatifs des ordres juridiques romano-germaniques et de Common Law.

Témoignage de cette volonté toujours plus profonde de coopération, l'association des Conseils d'Etats et juridictions suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe) a été créée en 2000 avec pour objectif de *« favoriser les échanges d'idées et d'expériences sur les questions relatives à la jurisprudence, à l'organisation et au fonctionnement de ses membres dans l'exercice de leurs fonctions, qu'elles soient juridictionnelles ou consultatives.* » Ces dernières années, l'association, présidée par J-M SAUVE, a vu ses activités s'intensifier, preuve de l'interpénétration croissante des ordres juridiques. Ces échanges ne se limitent pas aux Etats membres de l'Union puisqu'ils ont également lieu au sein de l'Association Internationale des Hautes juridictions administratives (AIHJA).

Tâche ô combien difficile en raison des obstacles linguistiques, des différences de culture et des divergences de points de vue, le droit comparé, pour remplir pleinement son rôle de vecteur du dialogue des juges, appelle des efforts de l'ensemble des acteurs du monde juridique. D'ailleurs René DAVID avait bien compris son importance dés 1950 puisqu'il écrivait à l'époque : *«l'humanisme juridique est forcément à base de droit comparé ».*

L'ordre juridique de l'Union, ainsi que le soulignait Renaud DENOIX DE SAINT-MARC en 1996 apparaît comme *« le révélateur de nos dysfonctionnement et de notre inadaptation »*. On mesure aisément, au regard des évolutions que nous venons de souligner le chemin qui été parcouru ces dernières décennies, résultat d'une prise de conscience partagée par les juges européens et les juges nationaux de la nécessité de coopérer. Les jurisprudences des cours européennes se nourrissent aujourd'hui les unes des autres et font preuve d'une réelle créativité dans le but d'éliminer les conflits potentiels qui les affaibliraient.

Les Etats qui prennent part à des traités internationaux engagent leur parole, comme la norme coutumière *pacta sunt servanda* le résume si bien. Il en va de même au niveau européen où, en adhérant aux traités, les Etats s'engagent à en faire application.

D'ailleurs la non application du droit européen, loin de n'avoir que des conséquences théoriques emporte parfois de lourdes conséquences financières. Le référé rendu par la Cour des comptes le 27 août dernier et portant sur la gestion de deux contentieux communautaires le prouve.

Les conséquences financières du premier contentieux, relatif au régime fiscal des redistributions de dividendes, modifié en 2003 ont été limitées par des mesures prises en 2005. La Cour des comptes a toutefois évalué à 4,15 milliards d'euros le résultat des négligences des autorités françaises.

Quant au second contentieux, il concerne le mécanisme de retenue à la source sur les dividendes versés par des sociétés résidentes à des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (OPCVM) non-résidents ses conséquences financières. Estimées fin 2007 à 510 millions d'euros, les restitutions sont évaluées par la Cour des comptes à environ 6 milliards d'euros aujourd'hui, intérêts moratoires compris.

On le comprend aisément, le « réflexe européen » auquel le Conseil d'Etat a tant de fois appelé, dans ses études notamment, n'a pas encore été totalement acquis et des progrès restent à faire. Comme le disait Corneille, *« à vaincre sans péril, on triomphe sans gloire »*. Les périls ont été nombreux, la victoire n'en sera que plus belle…

NATIONAL JUDGES AND EUROPEAN JUDGES

The Treaty of Rome grants judges varied and complementary judicial functions in order to guarantee, on the one hand, the unity of European Law and, on the other, its efficient application which respects national procedures. On the one hand, according to the Treaty, The European Union Court must guarantee the expected unity of European law and, on the other, national judges, whose legitimacy is founded on their national legal order which is most often constitutional, must apply European Law in the disputes they try. As European judges of common law, they naturally face the difficulties related to harmonising European law with national law. They must also ensure a continual balance between respecting one's own national legal order and developing "integrated law".

Key words: *national judges, european judges, balance of legal orders*